

David Ionta

Qu'entend-on par « invalide » ?

Nous avons souvent tendance à comprendre le mot « invalide » comme « personne en situation de handicap » ou « handicapé ». Qu'en est-il selon le droit suisse des assurances sociales ? Quand un assuré est-il considéré comme invalide ? Comment se calcule le taux d'invalidité d'une personne atteinte dans sa santé ?

Catégories d'articles : Essais

Domaines juridiques : Droit des assurances sociales

Proposition de citation : David Ionta, Qu'entend-on par « invalide » ?, in : Jusletter 3 octobre 2016

Table des matières

- 1) Les éléments constitutifs de la notion d'invalidité
 - a) Bases légales
 - b) Notion de l'incapacité de gain
 - c) Atteinte à la santé
 - d) Notion de l'incapacité de travail
 - e) Eléments d'ordre médical
 - f) Lien de causalité entre l'atteinte à la santé et l'incapacité partielle ou totale de gain
 - g) Résumé intermédiaire
- 2) Droit à la rente d'invalidité en assurances sociales
- 3) Evaluation de l'invalidité
 - a) Méthode générale de comparaison des revenus
 - I) Revenu sans invalidité
 - II) Revenu d'invalide
 - III) Calcul du taux d'invalidité
 - b) Particularité de l'assurance-accidents
- 4) Conclusion

1) Les éléments constitutifs de la notion d'invalidité

a) Bases légales

[Rz 1] Lorsque nous nous posons la question de savoir ce qu'il faut comprendre par « invalidité », le premier réflexe du praticien sera de consulter la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA¹), où les notions générales sont définies aux articles 3 à 15².

[Rz 2] Les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-invalidité³, à l'assurance-accidents⁴ et à l'assurance militaire⁵, à moins que les lois spécifiques ne dérogent expressément à la LPGA. S'agissant des conditions du droit à une rente d'invalidité dans la prévoyance professionnelle obligatoire⁶, elles sont les mêmes qu'en assurance-invalidité.

[Rz 3] L'art. 8 LPGA a trait à l'« invalidité », ainsi décrite à l'alinéa 1 : *Est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée.*

[Rz 4] Quant à l'incapacité de gain, elle est définie par l'art. 7 al. 1 LPGA comme *toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles.* L'alinéa 2 de l'art. 7 LPGA apporte une précision : *Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable.*

¹ RS 830.1.

² Outre le chapitre 2 « Définitions de notions générales », nous englobons également les art. 14 et 15, définissant respectivement les prestations en nature et en espèces.

³ Art. 1 LAI; RS 831.20.

⁴ Art. 1 LAA; RS 832.20.

⁵ Art. 1 LAM; RS 833.1.

⁶ Art. 23 LPP; RS 831.40.

b) Notion de l'incapacité de gain

[Rz 5] Comme le sous-entend l'art. 7 al. 1 LPGA, une incapacité de gain n'est présumée qu'après que la personne assurée a épuisé les mesures de réadaptation exigibles et s'est soumise à toutes les mesures médicales raisonnablement exigibles⁷, telles que médication, opérations⁸, psychothérapie, ergothérapie ou physiothérapie.

[Rz 6] En ce qu'elle prévoit qu'il ne peut y avoir incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable, la seconde phrase de l'art. 7 al. 2 LPGA inscrit dans la loi un principe exprimé de longue date par la jurisprudence quant au caractère objectif de l'appréciation de ce qui peut encore être exigé de la personne assurée pour surmonter les limitations de sa capacité de gain entraînées par son atteinte à la santé. En d'autres termes, pour établir si l'on peut raisonnablement exiger de l'assuré qu'il surmonte par ses propres efforts les répercussions négatives de ses problèmes de santé et exerce une activité lucrative et, partant, réalise un revenu, il faut se placer d'un point de vue objectif : l'élément déterminant n'est donc pas la perception subjective de l'intéressé, mais de savoir si on peut objectivement attendre de lui qu'il surmonte ses limitations et exerce une activité lucrative en dépit de ses problèmes de santé⁹.

c) Atteinte à la santé

[Rz 7] La LPGA définit donc l'invalidité comme une diminution de la capacité de gain, en raison d'une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique. La LAI ajoute que l'invalidité peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident. Dans son Message du 24 octobre 1958 relatif au projet de loi sur l'assurance [-invalidité]¹⁰, le Conseil fédéral mentionnait déjà que « la protection de l'assurance [-invalidité] ne doit pas seulement s'étendre à l'invalidité physique mais aussi à l'invalidité mentale »¹¹, tout en précisant que « seules les atteintes à la santé mentale pouvant être établies médicalement peuvent donner naissance à un droit aux prestations de l'assurance, à l'exclusion des simples déficiences de caractère (par exemple le cas des enfants difficiles) et du tort moral »¹².

[Rz 8] Dans son arrêt 9C_286/2015 du 12 janvier 2016, le Tribunal fédéral a ainsi rappelé la conception bio-médicale de la maladie, contrairement à celle bio-psycho-sociale de la médecine actuelle : « Si la médecine actuelle repose sur une conception bio-psycho-sociale de la maladie (qui ne considère pas cette dernière comme un phénomène exclusivement biologique ou physique mais comme le résultat de l'interaction entre des symptômes somatiques et psychiques ainsi que l'environnement social du patient), le droit des assurances sociales – en tant qu'il a pour objet la question de l'invalidité – s'en tient à une conception bio-médicale de la maladie, dont sont exclus les facteurs psychosociaux et socioculturels¹³. Le droit n'ignore nullement l'importance récente de ce modèle bio-psycho-social dans l'approche thérapeutique de la maladie. Dans la mesure où

⁷ Cf. p. ex. SVR 2007 IV n° 34 p. 120 consid. 3.1 [I 744/06].

⁸ Arrêts du Tribunal fédéral I 861/02 du 8 janvier 2004; U 287/03 du 1^{er} mars 2005; U 199/04 du 14 juillet 2005.

⁹ ATF 135 V 215 consid. 7.2.

¹⁰ FF 1958 II 1161 ss.

¹¹ FF 1958 II 1161, 1184.

¹² FF 1958 II 1161, 1184 s.

¹³ Voir ATF 127 V 294 consid. 5a p. 299.

il en va de l'évaluation de l'exigibilité d'une activité professionnelle, il y a néanmoins lieu de s'éloigner d'une appréciation médicale qui nierait une telle exigibilité lorsque celle-ci se fonde avant tout sur des facteurs psychosociaux ou socioculturels, qui sont étrangers à la définition juridique de l'invalidité¹⁴ ».

[Rz 9] Pour juger de la présence d'une incapacité de gain, seules doivent être prises en compte les conséquences de l'atteinte à la santé, comme le précise l'alinéa 2 de l'article 7 LPGA. Ne peuvent donc être prises en compte notamment les **causes étrangères à l'invalidité** comme l'âge avancé¹⁵, le manque de formation scolaire, les problèmes de langue, les facteurs socioculturels¹⁶, le défaut de formation et l'organisation de la vie autour des limitations fonctionnelles¹⁷, les purs phénomènes de dépendance¹⁸.

[Rz 10] Il convient de souligner que ni la situation familiale ou économique, ni un arrêt prolongé de l'activité professionnelle ou même le refus d'exercer une activité médicalement exigible ne constituent des facteurs propres à influencer l'octroi d'une rente d'invalidité¹⁹. Par ailleurs, il n'existe en général aucune atteinte à la santé assurée lorsque la limitation de la capacité d'exécuter une tâche ou une action repose sur une exagération ou une manifestation analogue²⁰.

d) Notion de l'incapacité de travail

[Rz 11] L'incapacité de gain se distingue également de l'incapacité de travail, c'est-à-dire l'incapacité médicalement attestée de pratiquer une activité donnée dans des limites déterminées. Selon l'art. 6 LPGA, *est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité.*

[Rz 12] Quand bien même un assuré jouit-il d'une capacité de travail totale dans une activité adaptée aux séquelles de l'atteinte à la santé dont il est affecté, cela ne signifie pas pour autant qu'il ne subit aucune diminution de sa capacité de gain et partant, qu'il n'est pas invalide²¹.

[Rz 13] Selon l'alinéa 1 de l'article 6 LPGA, pour déterminer l'incapacité *de travail*, il n'y a pas lieu de se référer, comme dans le cadre de l'évaluation de l'invalidité, à l'ensemble du marché du travail et au devoir de l'assuré de réduire le dommage, mais uniquement à la baisse de rendement

¹⁴ Cf. ULRICH MEYER-BLASER, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in : Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, 2003, p. 36 ss ; Lignes directrices de la Société suisse de rhumatologie pour l'expertise médicale des maladies rhumatismales et des séquelles rhumatismales d'accidents, in : Bulletin des médecins suisses, 2007/88 p. 737 ; ULRICH MEYER, Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht, Schweizerische Ärztezeitung 2009/90 p. 585 ; cf. aussi arrêts du Tribunal fédéral 9C_499/2013 du 20 février 2013 consid. 6.4.2.2 in : SVR 2014 IV n° 13 p. 50 ; 9C_144/2010 du 10 décembre 2010 consid. 4.1 ; 9C_881/2009 du 1er juin 2010 consid. 4.2.3.

¹⁵ Exception précisée à l'ATF 138 V 457.

¹⁶ ATF 127 V 294 consid. 5a.

¹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_286/2015 du 12 janvier 2016, consid. 4.1.

¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_618/2014 du 9 janvier 2015, consid. 5.2.

¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral I 175/04 du 28 janvier 2005 consid. 3 ; VSI 1999 p. 247 consid. 1 ; Pratique VSI 1998 p. 296 consid. 3b.

²⁰ ATF 141 V 281 consid. 2.2.1.

²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_397/2014 du 27 avril 2015, consid. 6.2.

dans la profession qu'il exerçait et qui a donné lieu, sur la base des constatations médicales, à l'incapacité de travail. L'incapacité de travail correspond, chez les personnes qui exercent une activité lucrative, aux empêchements médicalement constatés dans la profession qu'elles exerçaient jusqu'alors²².

e) Eléments d'ordre médical

[Rz 14] Pour déterminer le degré d'invalidité, l'administration (ou le juge en cas de recours) a besoin des documents que le médecin-traitant et éventuellement d'autres spécialistes doivent lui fournir. La tâche du médecin consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler²³. Ainsi, le médecin-traitant, attestant une incapacité de travail, *ne donne pas une conclusion définitive* quant aux conséquences de l'atteinte à la santé sur la capacité de travail ; il *se contente de prendre position* à ce sujet. Les données fournies par les médecins constituent néanmoins un élément utile pour apprécier les conséquences de l'atteinte à la santé et pour déterminer quels travaux peuvent encore raisonnablement être exigés de l'assuré²⁴.

[Rz 15] Aux termes de l'art. 8 LPGA, l'objet assuré n'est pas l'atteinte à la santé physique, mais les *conséquences économiques* de cette atteinte, à savoir une incapacité de gain probablement permanente ou de longue durée. Relevons que la notion d'invalidité, dont il est question à l'art. 8 LPGA, est de nature juridique/économique et non pas médicale²⁵. Ainsi le taux d'invalidité ne se confond pas nécessairement avec le taux d'incapacité fonctionnelle déterminé par le médecin ; ce sont les conséquences économiques objectives de l'incapacité fonctionnelle qu'il importe d'évaluer²⁶.

[Rz 16] Les constatations médicales peuvent être complétées par des renseignements d'ordre professionnel. Les organes d'observation professionnelle ont pour fonction de compléter les données médicales en examinant concrètement dans quelle mesure l'assuré est à même de mettre en valeur une capacité de travail et de gain sur le marché du travail²⁷. Il revient au conseiller en réadaptation, et non au médecin, d'indiquer quelles sont les activités professionnelles concrètes entrant en considération sur la base des renseignements médicaux et compte tenu des aptitudes résiduelles de l'assuré. Dans ce contexte, l'expert médical et le conseiller en matière professionnelle sont tenus d'exercer leurs tâches de manière complémentaire, en collaboration étroite et réciproque²⁸.

[Rz 17] Dans les cas où ces appréciations (d'observation professionnelle et médicale) divergent sensiblement, il incombe à l'administration, respectivement au juge – conformément au principe

²² MICHEL VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], Fribourg 2011, n. 2025 p. 536.

²³ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_760/2014 du 15 octobre 2015, consid. 4.3 ; 8C_761/2014 du 15 octobre 2015, consid. 3.4.

²⁴ ATF 125 V 256 consid. 4 ; 115 V 133 consid. 2 ; 114 V 310 consid. 3c ; RCC 1991 p. 329 consid. 1c.

²⁵ ATF 116 V 246 consid. 1b.

²⁶ ATF 110 V 273 consid. 4.

²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral I 362/99 du 8 février 2000, in : SVR 2001 IV n° 10 p. 27.

²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral I 778/05 du 11 janvier 2007, consid. 6.1 et les références.

de la libre appréciation des preuves – de confronter les deux évaluations et, au besoin, de requérir un complément d'instruction²⁹.

[Rz 18] Il n'est pas permis – exception faite d'une situation claire (par ex. en cas d'incapacité de travail totale) – de fixer sans autre un taux d'invalidité correspondant à l'incapacité de travail retenue par les médecins³⁰. L'administration doit toujours examiner si, et au besoin dans quelle mesure, la capacité de travail résiduelle est utilisable au mieux et quel revenu pourrait ainsi être réalisé dans l'accomplissement des travaux raisonnablement exigibles (activité lucrative)³¹.

[Rz 19] Est donc compétente l'administration, et non le médecin, pour la détermination du taux d'incapacité de gain, en s'appuyant sur les avis médicaux au dossier³².

f) Lien de causalité entre l'atteinte à la santé et l'incapacité partielle ou totale de gain

[Rz 20] Comme le précise expressément le texte légal, est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de la personne assurée *résultant* d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique. Autrement dit, faut-il qu'il existe un lien de causalité entre ces deux éléments. Ainsi, il n'y a pas de lien de causalité, et de ce fait pas la présence d'un cas d'invalidité, lorsque l'incapacité de gain n'a pas été provoquée par une atteinte à la santé mais par d'autres facteurs, notamment³³ :

- par la situation économique, par ex. le chômage³⁴, une crise économique, le manque ou la diminution des possibilités de travail dans une région ou dans une branche d'activité déterminée (c'est ici qu'intervient, cas échéant, l'assurance-chômage) ;
- pour des raisons inhérentes à la personnalité de l'assuré, par ex. un manque d'ardeur au travail³⁵, une formation insuffisante³⁶ ou des connaissances linguistiques limitées, l'âge, une capacité de travail ne pouvant pas dépasser la mesure normale³⁷.

[Rz 21] Ainsi, une incapacité de gain pertinente n'existe que dans la mesure où la perte des possibilités de gain de l'assuré sur le marché du travail équilibré qui entre en considération est due à l'atteinte de la santé elle-même³⁸.

g) Résumé intermédiaire

[Rz 22] En résumé, l'invalidité comporte ainsi quatre éléments constitutifs :

²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_136/2014 du 24 juin 2014, consid. 3.3, et références citées.

³⁰ RCC 1962 p. 441.

³¹ Ch. 3004 de la Circulaire concernant l'invalidité ou l'impotence de l'assurance-invalidité [CIIAI], dans sa version en vigueur dès le 1^{er} janvier 2015.

³² ATF 140 V 193 consid. 3.2.

³³ Ch. 1026 CIIAI.

³⁴ RCC 1984 p. 361.

³⁵ RCC 1964 p. 278.

³⁶ RCC 1989 p. 322, 1980 p. 260.

³⁷ RCC 1988 p. 503.

³⁸ VALTERIO, *op. cit.*, n. 1226 p. 339.

- une atteinte à la santé ;
- une incapacité de gain partielle ou totale ;
- la durée de l'incapacité de gain (durable ou de longue durée) ;
- un rapport de causalité entre l'atteinte à la santé et l'incapacité de gain.

2) Droit à la rente d'invalidité en assurances sociales

[Rz 23] En assurance-invalidité, la rente cède le pas aux mesures de réadaptation (principe de la **réadaptation prime la rente**) qui visent à rétablir, à développer et à sauvegarder la capacité de gain ou celle d'accomplir les travaux habituels³⁹.

[Rz 24] Pour le droit à la rente d'invalidité, l'art. 23 LPP se réfère au taux d'invalidité au sens de l'assurance-invalidité⁴⁰.

[Rz 25] En assurance-accidents, le droit à la rente prend naissance dès qu'il n'y a plus lieu d'attendre de la continuation du traitement médical une sensible amélioration de l'état de l'assuré et que les éventuelles mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité ont été menées à terme⁴¹. A côté des rentes dites « permanentes », il est possible d'allouer une rente *transitoire*. Celle-ci permet à l'assureur-accidents, lorsqu'il n'est pas encore en mesure de fixer définitivement le degré d'invalidité de l'assuré, parce que l'assurance-invalidité n'a pas encore pris de décision concernant la réadaptation, de verser néanmoins une rente d'invalidité à l'assuré sans attendre le résultat d'une éventuelle réadaptation⁴².

[Rz 26] L'art. 40 LAM prévoit que si la poursuite du traitement médical ne permet pas d'escompter une sensible amélioration de l'état de santé de l'assuré et si l'affection, au terme de la réadaptation exigible, est suivie d'une atteinte de longue durée ou présumée permanente de la capacité de gain⁴³, l'indemnité journalière est remplacée par une rente d'invalidité. La rente d'invalidité de l'assurance militaire est, comme les autres assurances sociales, subordonnée à la condition qu'au terme d'une réadaptation – exigible – une incapacité de gain demeure, en raison de l'atteinte à la santé. Comme en LAA, il faut que le traitement médical ne puisse plus apporter une amélioration sensible de l'état de santé de l'assuré. Dans le cas contraire, ledit traitement serait exigible.

3) Evaluation de l'invalidité

[Rz 27] Comment se calcule cette incapacité de gain, surtout si elle est partielle? L'art. 16 LPGA répond à la question de l'évaluation de l'invalidité : *pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en*

³⁹ Art. 28 al. 1 let. a LAI.

⁴⁰ ATF 130 V 273 ; PIERRE-YVES GREBER/ROMOLO MOLO, La prévoyance professionnelle, in : Droit suisse de la sécurité sociale, Volume I, n.37, p. 285 ; MARC HÜRZELER/JÜRIG BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3^{ème} éd., 2016, n. 145, p. 2117.

⁴¹ Art. 19 al. 1, 1^{ère} phrase, LAA.

⁴² Art. 19 al. 3 LAA et art. 30 Ordonnance sur l'assurance-accidents (OLAA) ; JEAN-MAURICE FRÉSARD/MARGIT MOSER-SZELESS, L'assurance-accidents obligatoire, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3^{ème} éd., 2016, n. 260 p. 985.

⁴³ Invalidité au sens de l'art. 8 LPGA.

exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré.

[Rz 28] Pour les personnes exerçant une activité lucrative, la comparaison des revenus est la méthode dite générale. Dans la présente contribution, les autres méthodes de comparaison de revenu ne seront pas abordées⁴⁴.

a) Méthode générale de comparaison des revenus

[Rz 29] La méthode générale de comparaison des revenus compare le revenu de valide (également appelé revenu sans invalidité ou revenu hypothétique) avec le revenu d'invalide. Les deux revenus doivent être déterminés de façon objective. Des aspects étrangers à l'invalidité doivent être soit ignorés, soit pris en considération dans une mesure identique pour les deux revenus de référence⁴⁵.

[Rz 30] Pour procéder à la comparaison des revenus, il convient de se placer au moment de la naissance du droit à la rente ; les revenus avec et sans invalidité doivent être déterminés à *un même moment* et leurs modifications susceptibles d'influencer le droit à la rente doivent être prises en compte jusqu'au moment où la décision est rendue⁴⁶. Le fait que l'invalidité doive être évaluée au même moment signifie également que, lorsque la comparaison des revenus se fonde sur des données statistiques, celles-ci doivent se rapporter à la même année⁴⁷.

[Rz 31] Sont exclus de la comparaison des revenus les éléments de salaire dont il est prouvé que l'assuré ne peut fournir la contrepartie, sa capacité de travail limitée ne le lui permettant pas ; ce que l'on nomme « **salaire social** ». Il y a salaire social lorsque les prestations versées par l'employeur ne correspondent pas au rendement effectif de l'assuré⁴⁸. Dans ce cas, ce dernier poursuit régulièrement son activité, mais il ne peut fournir, en raison de l'atteinte à la santé, qu'une prestation réduite du point de vue quantitatif ou qualitatif. Si tel est le cas, il ne faut prendre en compte, à titre de revenu, que la part du salaire qui correspond à sa capacité de travail. Les montants qui dépassent cette part sont considérés comme un salaire social lors même que des cotisations en auraient été déduites⁴⁹.

[Rz 32] La preuve de l'existence d'un salaire dit « social » est toutefois soumise à des exigences sévères, puisque le principe est que les salaires payés équivalent généralement à une prestation de travail correspondante. Des liens de parenté, des liens privilégiés entre l'employeur et la famille de l'employé, une disproportion entre les salaires en usage et le salaire versé, ou encore l'ancienneté des rapports de travail peuvent constituer des indices d'un éventuel salaire social⁵⁰.

⁴⁴ La méthode spécifique de comparaison des champs d'activités pour les personnes assurées n'exerçant pas d'activité lucrative, la méthode mixte pour les personnes assurées ayant une activité lucrative à temps partiel et la méthode extraordinaire.

⁴⁵ ATF 129 V 222 consid. 4.4 et les références.

⁴⁶ ATF 129 V 222 consid. 4.1 et les références.

⁴⁷ VALTERIO, *op. cit.*, n. 2064 p. 548.

⁴⁸ ATF 104 V 90 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral I 106/05 du 2 août 2005, consid. 4.2.3.

⁴⁹ VALTERIO, *op. cit.*, n. 2071 p. 549 s.

⁵⁰ ATF 117 V 8 consid. 2c/aa et 104 V 90 consid. 2 ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_371/2013 du 22 août 2013 consid. 4 et I 106/05 du 2 août 2005 consid. 4.2.3.

I) Revenu sans invalidité

[Rz 33] Le revenu sans invalidité est celui que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas devenu invalide⁵¹. Pour déterminer le revenu sans invalidité, il faut établir, au degré de la vraisemblance prépondérante, ce que l'assuré aurait effectivement pu réaliser au moment déterminant s'il était en bonne santé. Le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible. C'est pourquoi il se déduit en principe du salaire réalisé en dernier lieu par l'assuré avant l'atteinte à la santé, en tenant compte de l'évolution des salaires⁵².

[Rz 34] Le revenu sans invalidité se déduit, en règle générale, d'après le dernier salaire que l'assuré a obtenu avant l'atteinte à la santé, en tenant compte de l'évolution des circonstances à l'époque où est né le droit à la rente. Compte tenu des capacités professionnelles de l'assuré et des circonstances personnelles le concernant, on prend en considération ses chances réelles d'avancement compromises par le handicap, en posant la présomption que l'assuré aurait continué d'exercer son activité sans la survenance de son invalidité. Des exceptions ne sauraient être admises que si elles sont établies au degré de la vraisemblance prépondérante⁵³.

[Rz 35] Selon la jurisprudence, il est toutefois possible de s'écarter du dernier salaire perçu avant la survenance de l'atteinte à la santé lorsqu'on ne peut le déterminer sûrement⁵⁴, notamment lorsqu'il est soumis à des fluctuations importantes ; il faut alors procéder à une moyenne des gains réalisés sur une période relativement longue⁵⁵. C'est notamment le cas si le dernier salaire obtenu avant la survenance de l'invalidité est nettement plus élevé que les salaires obtenus jusqu'alors. Il ne peut servir de référence pour le revenu sans invalidité que s'il est établi, selon la vraisemblance prépondérante, que l'assuré aurait continué à réaliser un tel salaire⁵⁶.

[Rz 36] Lorsqu'il apparaît que l'assuré touchait un salaire nettement inférieur aux salaires habituels de la branche pour des raisons étrangères à l'invalidité⁵⁷ et que les circonstances ne permettent pas de supposer qu'il s'est contenté d'un salaire plus modeste que celui qu'il aurait pu prétendre, il y a lieu d'en tenir compte dans la comparaison des revenus en opérant un **parallélisme des revenus à comparer**. Le revenu effectivement réalisé doit être considéré comme nettement inférieur aux salaires habituels de la branche lorsqu'il est inférieur d'au moins 5% au salaire statistique de la branche⁵⁸. Le revenu nettement inférieur peut alors justifier un parallélisme des revenus à comparer, lequel doit porter seulement sur la part qui excède le taux déterminant de 5%. En pratique, le parallélisme des revenus à comparer peut être effectué soit au regard du revenu sans invalidité en augmentant de manière appropriée le revenu effectivement réalisé ou en se référant aux données statistiques, soit au regard du revenu d'invalide en réduisant de manière appropriée la valeur statistique⁵⁹.

51 Art. 16 LPGA.

52 ATF 129 V 222 consid. 4.3.1 p. 224 et la référence.

53 ATF 134 V 322 consid. 4.1 p. 325 ; 129 V 222 consid. 4.3.1 p. 224 et la référence ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_439/2009 du 30 décembre 2009 consid. 5.1.

54 Cf. ATF 128 V 29 consid. 1 p. 30.

55 Arrêts du Tribunal fédéral 9C_868/2009 du 22 avril 2010 consid. 2.3 et 2.4 et 9C_361/2008 du 9 février 2009 consid. 6.2.

56 Arrêt du Tribunal fédéral 9C_760/2015 du 21 juin 2016 consid. 3.2 et références citées.

57 P. ex. formation professionnelle insuffisante, connaissances insuffisantes d'une langue nationale ou limitation des possibilités d'emploi en raison du statut de saisonnier.

58 ATF 135 V 297 consid. 6.1.2 p. 302.

59 ATF 134 V 322 consid. 4.1 p. 326.

[Rz 37] Il faut préciser que le gain assuré selon la LAA⁶⁰ et le gain que la personne pourrait réaliser si elle n'était pas invalide⁶¹ ne sont pas identiques puisque calculés de manière différente⁶².

[Rz 38] En effet, dans l'assurance-accidents, revenu sans invalidité et gain assuré sont deux notions distinctes. Le revenu sans invalidité représente le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide ; il permet de calculer le degré d'invalidité selon la méthode générale de la comparaison des revenus et, partant, de déterminer le droit ou non d'un assuré à rente d'invalidité⁶³. A contrario, le gain assuré sert de base au calcul du montant proprement dit de cette rente⁶⁴. La fixation de l'un et l'autre sont soumis à des règles différentes⁶⁵.

[Rz 39] Pour savoir s'il y a lieu de prendre en considération un changement hypothétique d'activité, les **possibilités théoriques de développement professionnel ou d'avancement** ne doivent être prises en considération que lorsqu'il est *très vraisemblable* qu'elles seraient advenues. Il convient, à cet égard, d'exiger la preuve d'indices concrets que l'assuré aurait obtenu dans les faits un avancement ou une augmentation corrélative de ses revenus, s'il n'était pas devenu invalide. Des indices concrets en faveur de l'évolution de la carrière professionnelle doivent exister, par exemple, lorsque l'employeur a laissé entrevoir une telle perspective d'avancement ou a donné des assurances en ce sens. De simples déclarations d'intention de l'assuré ne suffisent pas⁶⁶. Lorsque l'invalidité est la conséquence d'un accident, ces indices doivent déjà avoir existé au moment où celui-ci s'est produit⁶⁷. Ce qui vaut dans un sens (perspective d'avancement) doit aussi valoir dans l'autre sens (passage à un statut d'indépendant supposé moins rémunérateur)⁶⁸.

[Rz 40] Une personne seule (en situation de bonne santé) qui n'exerce qu'une activité lucrative à temps partiel ne doit pas nécessairement se voir appliquer la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité⁶⁹. Au contraire, il convient de se demander, dans chaque cas particulier, pour quelles raisons la personne assurée a réduit son taux d'occupation exigible. Selon les circonstances – par exemple en cas d'une réduction du taux d'occupation exigible pour se consacrer à ses loisirs – la méthode générale dite de comparaison des revenus peut entrer en ligne de compte⁷⁰. En revanche, si la réduction du temps de travail était consacrée à l'accomplissement de travaux habituels (p.ex. tenue du ménage, éducation des enfants), l'évaluation de l'invalidité selon la méthode mixte sera alors appliquée.

[Rz 41] S'agissant de l'assurance-accidents, pour déterminer le revenu sans invalidité avant un accident, il faut rechercher quelles sont les possibilités de gain d'un assuré censé utiliser *pleinement* sa capacité de travail. Peu importe de savoir si l'assuré mettait à profit, entièrement ou

⁶⁰ Pour la rente selon art. 15 al. 1 et 2 LAA et 22 et 24 OLAA.

⁶¹ Revenu sans invalidité selon art. 16 LPGA.

⁶² Arrêts du Tribunal fédéral 8C_527/2012 du 21 novembre 2012, consid. 4.1 ; 1 944/05 du 30 janvier 2007, consid. 4.3.

⁶³ Art. 18 al. 1 et 2 LAA.

⁶⁴ Art. 20 al. 1 LAA.

⁶⁵ Arrêt du Tribunal fédéral U 259/04 du 7 juillet 2005, consid. 6.1.

⁶⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_486/2011 du 12 octobre 2011 consid. 4.1 et 9C_523/2008 du 25 mai 2009 consid. 2.2.

⁶⁷ Arrêt du Tribunal fédéral U 222/97 du 23 juin 1999 consid. 5c résumé in : REAS 2003 p. 66.

⁶⁸ Arrêts du Tribunal fédéral 8C_144/2012 consid. 3.3.4 – assurance-invalidité – et 8C_145/2012 consid. 3.2 – assurance-accidents – du 9 novembre 2012.

⁶⁹ ATF 131 V 51.

⁷⁰ Cf. également l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_178/2015 du 4 mai 2016 destiné à la publication.

partiellement seulement, sa capacité de travail ; ces éléments sont pris en compte au travers du montant du gain assuré⁷¹. Ainsi, le revenu sans invalidité réalisé par l'assuré travaillant à temps partiel avant l'accident est pris en compte à 100%, comme s'il exerçait son activité à temps complet⁷². Pour autant, le travailleur à temps partiel devenu invalide à la suite d'un accident ne sera pas indemnisé dans la même mesure que s'il travaillait à temps complet. En effet, sous réserve de cas spéciaux⁷³, la rente est fonction du gain assuré, par quoi il faut entendre le salaire que l'assuré a reçu durant l'année qui a précédé l'accident⁷⁴. La rente s'élève à 80% de ce gain en cas d'invalidité totale ; si l'invalidité n'est que partielle, la rente est diminuée en conséquence⁷⁵. Le montant du salaire déterminant est donc le correctif apporté par la loi. Du reste, lorsque l'assuré ne travaille que quelques heures par semaine, cela peut conduire au versement de rentes de très faible montant, même dans les cas d'invalidité grave⁷⁶.

[Rz 42] Afin d'explicitier cette particularité de l'assurance-accidents, prenons un exemple : une personne assurée, travaillant 30 heures par semaine (soit à 75%), subit un accident entraînant des lésions importantes. Après une intense rééducation et une longue incapacité de travail, cette personne assurée peut reprendre son activité habituelle au taux contractuel (75%). Les médecins consultés mentionnent que le taux de 75% ne peut être augmenté. Après expertise médicale, la capacité de travail exigible dans l'activité habituelle de 75% est confirmée. Une capacité de travail de 100% dans une activité adaptée est possible, en tenant compte des limitations fonctionnelles. L'exercice d'une activité adaptée ne permet toutefois pas de diminuer la perte de gain, comparativement à la perte de 25% dans l'activité habituelle. En pareille situation, quand bien même la personne assurée a repris à son taux d'activité contractuel (75% *in casu*), l'assureur-accidents doit octroyer une rente d'invalidité de 25%, conformément à la jurisprudence⁷⁷.

[Rz 43] En revanche, pour l'assurance-invalidité, à l'aune de l'exemple précité, la méthode d'évaluation mixte sera applicable⁷⁸, avec un taux d'invalidité globale (part active et part « ménage ») différent du taux d'invalidité retenu par l'assureur-accidents.

[Rz 44] Pour l'**évolution hypothétique du revenu**, la jurisprudence a précisé qu'une adaptation du revenu sans invalidité à la croissance des salaires nominaux ne doit pas seulement avoir lieu dans le cas où l'on se fonde sur le revenu hypothétique d'une année mais également lorsqu'il est établi sur la base d'un salaire moyen⁷⁹. En outre, lorsque l'employeur n'a pas accordé d'augmentation de salaire durant des années, l'évolution de revenu sans invalidité ne doit pas être déterminé en fonction de cette situation mais en tenant compte de l'évolution du salaire nominal calculée par l'Office fédéral de la statistique⁸⁰.

⁷¹ ATF 119 V 475 consid. 2b p. 481.

⁷² FRÉSARD/MOSER-SZELESS, *op. cit.*, n. 242 p. 980.

⁷³ Art. 24 OLAA.

⁷⁴ Art. 15 al. 2 LAA.

⁷⁵ Art. 20 al. 1 LAA.

⁷⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_244/2015 du 8 mars 2016, consid. 6.2.1.

⁷⁷ ATF 119 V 475 consid. 2b à 2d.

⁷⁸ Cf. 3096 ss CIIAI pour le détail.

⁷⁹ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_361/2009 du 19 août 2009 consid. 4.2 ; 9C_576/2009 du 11 décembre 2009 consid. 3.3 ; 9C_886/2011, 9C_899/2011 du 29 juin 2012 consid. 5.3.

⁸⁰ Arrêts du Tribunal fédéral U 66/02 du 2 novembre 2004, consid. 4.1.1, in : RAMA 2005 n° U 538 p. 112 ; 8C_61/2012 du 25 avril 2012, consid. 2.4 ; 9C_192/2014 du 23 septembre 2014, consid. 3.4 ; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, *op. cit.*, n. 246 p. 981.

[Rz 45] Ce n'est qu'en présence de circonstances particulières qu'il est possible de s'écarter du dernier salaire réalisé et de **recourir aux données statistiques résultant de l'Enquête suisse sur la structure des salaires** (ESS) éditée par l'Office fédéral de la statistique⁸¹. Cela peut notamment être le cas lorsque le poste de travail que l'assuré occupait avant la survenance de l'atteinte à la santé n'existe plus au moment de l'évaluation de l'invalidité⁸², lorsqu'il n'aurait pas pu conserver son poste en raison des difficultés économiques de l'entreprise⁸³, lorsqu'on ne dispose d'aucun renseignement au sujet de la dernière activité professionnelle de l'assuré⁸⁴, lorsqu'il n'a plus exercé son activité habituelle depuis longtemps⁸⁵ ou lorsqu'il s'avère qu'il ne travaillerait plus dans l'entreprise de son conjoint même sans atteinte à la santé⁸⁶. Le recours aux données statistiques est également possible lorsque le dernier salaire que l'assuré a perçu ne correspond manifestement pas à ce qu'il aurait été en mesure de réaliser, selon toute vraisemblance, en tant que personne valide ; par exemple, dans les cas où avant d'être reconnu définitivement incapable de travailler, l'assuré était au chômage⁸⁷, ou il rencontrait d'ores et déjà des difficultés professionnelles en raison d'une dégradation progressive de son état de santé⁸⁸, ou encore il percevait une rémunération inférieure aux normes de salaire usuelles⁸⁹.

[Rz 46] Selon la jurisprudence, les revenus obtenus par l'exercice d'une ou de plusieurs **activités accessoires** sont pris en compte dans la fixation du revenu sans invalidité, lorsque l'assuré réalisait déjà de tels gains accessoires avant l'atteinte à la santé et si l'on peut admettre qu'il aurait, selon toute vraisemblance, continué à percevoir des revenus accessoires s'il était resté en bonne santé. Est donc décisif le fait que l'assuré obtenait un revenu qu'il continuerait à percevoir s'il n'était pas devenu invalide⁹⁰. La prise en compte de ces gains accessoires intervient sans égard au rendement et au temps consacré pour leur obtention. Elle s'étend donc aux revenus obtenus dans une activité accomplie en supplément d'un emploi exercé dans les limites d'un horaire de travail normal. A la différence du revenu d'invalide, la question de l'exigibilité ne joue pas de rôle pour la détermination du revenu sans invalidité. Pour savoir si un revenu accessoire doit être pris en compte, seul est décisif le lien entre l'atteinte à la santé et la cessation de l'activité s'y rapportant⁹¹. Doivent ainsi être pris en compte les salaires tirés de différentes activités accessoires, même si la totalité des revenus réalisés par l'assuré correspond à une activité représentant un horaire hebdomadaire de 56 heures⁹².

⁸¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_725/2015 du 5 avril 2016, consid. 4.1 et références citées.

⁸² Arrêts du Tribunal fédéral B 80/01 du 17 octobre 2003 consid. 5.2.2, in : REAS 2004 p. 239 ; I 948/06 du 8 février 2007, consid. 4.1.

⁸³ Arrêt du Tribunal fédéral I 1058/06 du 12 septembre 2007, consid. 4.1.2.

⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral U 243/99 du 23 mai 2000, consid. 2b.

⁸⁵ Arrêt du Tribunal fédéral I 636/02 du 15 avril 2003, consid. 4.1.

⁸⁶ Arrêt du Tribunal fédéral I 641/05 du 21 décembre 2005, consid. 4.1.

⁸⁷ Arrêt du Tribunal fédéral I 774/01 du 4 septembre 2002.

⁸⁸ RCC 1985 p. 662 s.

⁸⁹ Voir l'arrêt publié aux ATF 123 V 274 dans lequel le Tribunal fédéral avait à juger de la valeur économique de la collaboration salariée d'un époux à l'activité professionnelle de l'autre conjoint.

⁹⁰ Arrêts du Tribunal fédéral U 130/02 du 29 novembre 2002, in : RAMA 2003 n° U 476 p. 108 consid. 3.2.1 ; 9C_45/2008 du 3 juillet 2008 consid. 4.2 et 8C_676/2007 du 11 mars 2008 consid. 3.3 ; 8C_897/2011 du 22 novembre 2012, consid. 4.2 ; 8C_912/2013 du 29 octobre 2014, consid. 2.2.

⁹¹ Arrêts du Tribunal fédéral U 66/02 du 2 novembre 2004 consid. 4.1.2, in : RAMA 2005 n° U 538 p. 112, U 130/02 du 29 novembre 2002 consid. 3.2.1, in : RAMA 2003 n° U 476 p. 107 et 8C_452/2009 du 26 janvier 2010 consid. 4.3 et les références.

⁹² FRÉSARD/ MOSER-SZELESS, *op. cit.*, n. 244 p. 981 et référence citée.

[Rz 47] Doivent également être inclus dans le revenu sans invalidité le treizième salaire que l'assuré touchait de son ancien employeur, des indemnités versées pour un travail en équipe⁹³, des éléments de salaire correspondant à des **heures supplémentaires** fournies régulièrement lorsqu'il y a lieu d'admettre, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'il aurait continué à les effectuer s'il n'avait pas été invalide⁹⁴.

[Rz 48] Ne font en revanche pas partie du revenu sans invalidité les indemnités de vacances lorsque l'assuré continue à percevoir son salaire mensuel, des vacances qui n'auraient pas été prises⁹⁵, des indemnités pour intempérie⁹⁶ et pour perte de gain en cas de maladie⁹⁷ ainsi que, dans la restauration, des pourboires lorsque des cotisations paritaires n'ont pas été perçues sur ceux-ci⁹⁸. Les pourboires supplémentaires (*overtips*) versés aux salariés des entreprises de taxis ne font en principe pas partie du salaire déterminant⁹⁹.

[Rz 49] Il n'y a pas lieu, dans le revenu sans invalidité comme dans le revenu d'invalide, de prendre en considération les **allocations familiales**, lesquelles ne sont pas comprises dans la notion de revenu provenant d'une activité lucrative au sens de l'AVS¹⁰⁰.

II) Revenu d'invalide

[Rz 50] Le revenu d'invalide correspond au revenu qu'une personne atteinte dans sa santé pourrait encore réaliser en exerçant une activité que l'on peut raisonnablement attendre d'elle, après l'exécution d'éventuelles mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail. On ne peut donc parler de revenu d'invalide que si toutes les possibilités de réadaptation ont été épuisées. C'est seulement à ce moment-là que peut être déterminée l'activité que l'assuré serait à même d'exercer malgré son atteinte à la santé¹⁰¹. Lorsqu'il est clair d'emblée que l'exercice d'activités relativement variées est encore exigible de l'intéressé, un renvoi général à un marché du travail équilibré, structuré de telle sorte qu'il offre un éventail d'emplois diversifié, est suffisant¹⁰².

[Rz 51] Il s'agit de décider ce que l'assuré pourrait physiquement encore accomplir¹⁰³, d'examiner objectivement ce que l'on peut demander à l'intéressé¹⁰⁴, de tenir compte des aptitudes physiques

⁹³ Arrêt du Tribunal fédéral U 182/04 du 25 novembre 2004, consid. 5.1.

⁹⁴ Arrêts du Tribunal fédéral U 469/05 du 2 février 2006 in : RAMA 2006 n° U 584 p. 247, 9C_824/2011 du 10 février 2012 consid. 3.3 et les références, 8C_744/2012 du 20 décembre 2012 consid. 2 et les références, 9C_979/2012 du 26 mars 2013, consid. 3 à 5 pour les conditions de leur prise en compte.

⁹⁵ Arrêts du Tribunal fédéral U 469/05 du 2 février 2006 consid. 4.3, I 97/05 du 13 avril 2006, consid. 4.2.

⁹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_868/2014 du 10 juillet 2015, consid. 6.3.

⁹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral I 97/05 précité, consid. 4.2.

⁹⁸ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_386/2007 du 26 août 2007 consid. 5, 8C_514/2012 du 11 décembre 2012, consid. 4.2; idem pour une coiffeuse : arrêt du Tribunal fédéral U 222/97 du 23 juin 1999 consid. 6b.

⁹⁹ ATF 115 V 416 consid. 5.

¹⁰⁰ Cf. art. 6 al. 2 let. f RAVS; arrêt du Tribunal fédéral U 259/04 du 7 juillet 2005, consid. 6.1.

¹⁰¹ VALTERIO, *op. cit.*, n. 2107 p. 562 et références citées.

¹⁰² VSI 1998 p. 296 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral I 636/06 du 22 septembre 2006 consid. 3.2.

¹⁰³ L'avis du médecin sera important à cet égard; ATF 125 V 261 consid. 4.

¹⁰⁴ Ses préférences personnelles ne seront en principe pas déterminantes.

et mentales ainsi que de la formation professionnelle de l'assuré, de prendre en considération sa position sociale¹⁰⁵.

[Rz 52] Cela étant, le Tribunal fédéral a jugé¹⁰⁶ que l'autorité chargée de l'application du droit peut s'écarter de l'estimation de la capacité de travail réalisée dans le cadre d'une expertise judiciaire, sans pour autant que celle-ci perde sa valeur probante ; la notion de capacité de travail¹⁰⁷ est une notion de droit indéterminée sur laquelle il n'appartient pas au médecin de se déterminer de manière définitive¹⁰⁸. Dans le cadre de la libre appréciation des preuves dont ils disposent, l'administration et le juge ne sauraient en effet ni ignorer les constatations de fait des médecins, ni faire leurs les estimations et conclusions médicales relatives à la capacité (résiduelle) de travail, sans procéder à un examen préalable de leur pertinence du point de vue du droit des assurances sociales¹⁰⁹. Le fait que les premiers juges n'ont pas entièrement suivi les conclusions de l'expert sur la capacité de travail de l'assurée, mais repris celles du psychiatre traitant, n'a ainsi pas été jugé comme une violation du droit fédéral.

[Rz 53] La détermination du revenu d'invalide suppose – à la différence de ce qui vaut dans le cadre de la fixation du revenu d'une personne sans invalidité – la prise en considération de l'**obligation** pour l'assuré **de diminuer le dommage**, principe général du droit des assurances sociales¹¹⁰. Cette exigence signifie notamment que l'assuré qui demande à être mis au bénéfice d'une rente est tenu d'exercer une activité dans tous les secteurs économiques disponibles, sans se limiter au domaine dans lequel il travaillerait en tant que personne non atteinte dans sa santé¹¹¹.

[Rz 54] Dans le domaine de l'assurance-invalidité, on applique de manière générale le principe selon lequel une personne invalide doit, avant de requérir des prestations, entreprendre de son propre chef tout ce qu'on peut raisonnablement attendre d'elle pour atténuer le mieux possible les conséquences de son invalidité. C'est pourquoi un assuré n'a pas droit à une rente lorsqu'il serait en mesure, au besoin en changeant de profession, d'obtenir un revenu excluant une invalidité ouvrant droit à une rente. La réadaptation par soi-même est un aspect de l'obligation de diminuer le dommage et prime aussi bien le droit à une rente que celui à des mesures de réadaptation. L'obligation de diminuer le dommage s'applique aux aspects de la vie les plus variés. Toutefois le point de savoir si une mesure peut être exigée d'un assuré doit être examiné au regard de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas concret¹¹². Par circonstances subjectives, il faut entendre en premier lieu l'importance de la capacité résiduelle de travail ainsi que les facteurs personnels tels que l'âge, la situation professionnelle concrète ou encore l'attachement au lieu de domicile. Parmi les circonstances objectives doivent notamment être pris en compte l'existence d'un marché du travail équilibré et la durée prévisible des rapports de travail¹¹³.

¹⁰⁵ JEAN-LOUIS DUC/CORINNE MONNARD SÉCHAUD, L'assurance-invalidité selon la LAI, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3^{ème} éd., 2016, n. 241, p. 1522 s.

¹⁰⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_80/2016 du 10 août 2016.

¹⁰⁷ Art. 6 LPGa.

¹⁰⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_10/2014 du 20 août 2014 consid. 7 et les références.

¹⁰⁹ ATF 140 V 193 consid. 3.1 p. 194 et 3.2 p. 195.

¹¹⁰ Cf. ATF 134 V 64 consid. 4 p. 69 ; BETTINA KAHIL-WOLFF, Principes et notions propres à la sécurité sociale, in : Droit suisse de la sécurité sociale, Volume I, 2010, n. 40, p. 83.

¹¹¹ Cf. p. ex. arrêt du Tribunal fédéral 9C_1007/2008 du 4 juin 2009 consid. 3.2.

¹¹² ATF 113 V 22 consid. 4a p. 28 et les références.

¹¹³ Arrêts du Tribunal fédéral I 750/04 du 5 avril 2006 consid. 5.3, in : SVR 2007 IV n° 1 p. 1 ; I 11/00 du 22 août 2001 consid. 5a/bb, in : VSI 2001 p. 274.

[Rz 55] Par ailleurs, plus la mise à contribution de l'assureur est importante, plus les exigences posées à l'obligation de réduire le dommage devront être sévères. C'est le cas, par exemple, lorsque la renonciation à des mesures destinées à réduire le dommage conduirait à l'octroi d'une rente ou au reclassement dans une profession entièrement nouvelle¹¹⁴.

[Rz 56] Concrètement, les personnes assurées doivent tirer parti de leur capacité résiduelle de travail et de gain, même au prix d'un effort particulier, en changeant au besoin de profession, de domicile, etc.¹¹⁵. L'effort à consentir par l'assuré est d'autant plus important que la diminution du dommage escomptée est substantielle, l'ensemble des circonstances devant être prises en considération, conformément au principe de proportionnalité, applicable de manière générale en droit des assurances sociales¹¹⁶.

[Rz 57] Si l'assuré omet d'utiliser sa capacité résiduelle de gain ou une partie de celle-ci, il se fera imputer un gain hypothétique¹¹⁷.

[Rz 58] L'art. 16 LPGa mentionne que le revenu d'invalide est celui que la personne assurée pourrait obtenir en exerçant une activité raisonnablement exigible sur un **marché du travail équilibré**. Toutefois, la disposition légale n'explique pas cette dernière notion.

[Rz 59] La notion de marché équilibré du travail est une notion théorique et abstraite qui sert de critère de distinction entre les cas tombant sous le coup de l'assurance-chômage et ceux qui relèvent de l'assurance-invalidité. Elle implique, d'une part, un certain équilibre entre l'offre et la demande de main d'œuvre et, d'autre part, un marché du travail structuré de telle sorte qu'il offre un éventail d'emplois diversifiés, tant au regard des exigences professionnelles et intellectuelles qu'au niveau des sollicitations physiques¹¹⁸. La perte de gain se voit ainsi rendue en quelque sorte objective et ne dépend plus des hasards des variations du marché du travail. Il serait choquant que le degré d'incapacité de gain, dans le cas d'une atteinte identique, soit plus ou moins élevé en fonction de la situation sur le marché du travail¹¹⁹. Le caractère irréaliste des possibilités de travail doit alors découler de l'atteinte à la santé – puisqu'une telle atteinte est indispensable à la reconnaissance de l'invalidité¹²⁰ – et non de facteurs psychosociaux ou socioculturels qui sont étrangers à la définition juridique de l'invalidité¹²¹.

[Rz 60] Lorsqu'il s'agit d'examiner dans quelle mesure un assuré peut encore exploiter économiquement sa capacité résiduelle de gain sur le marché du travail entrant en considération pour lui¹²², on ne saurait subordonner la concrétisation des possibilités de travail et des perspectives de

¹¹⁴ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_924/2011 du 3 juillet 2012 consid. 5.2.1 et les références citées.

¹¹⁵ DUC/MONNARD SÉCHAUD, *op. cit.*, n. 234 p. 1519, et références citées ; cf. également exemples cités par BÉATRICE DESPLAND, in : L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé, 2012, p. 97 ss.

¹¹⁶ ATF 122 V 377 consid. 2b/cc p. 380 ; 119 V 250 consid. 3a p. 253 ; voir également ATF 113 V 22 consid. 4d p. 31, ainsi que PETER OMLIN, Die Invalidität in der Obligatorischen Unfallversicherung, Fribourg 1995, p. 185 s., p. 203 s.

¹¹⁷ KAHIL-WOLFF, *op. cit.*, n. 43, p. 87.

¹¹⁸ ATF 110 V 273 consid. 4b p. 276 ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_813/2015 du 31 mai 2016, consid. 3.2 ; I 350/89 du 30 avril 1991 consid. 3b, in : RCC 1991 p. 329.

¹¹⁹ Rapport de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé du 26 mars 1999, FF 1999 IV 4168, 4193.

¹²⁰ Art. 7 et 8 LPGa.

¹²¹ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_286/2015 du 12 janvier 2016 consid. 4.2 et les références.

¹²² Art. 16 LPGa.

gain à des exigences excessives¹²³. Il s'ensuit que pour évaluer l'invalidité, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si un invalide peut être placé eu égard aux conditions concrètes du marché du travail – ce qui revient à l'assurance-chômage – mais uniquement de se demander s'il pourrait encore exploiter économiquement sa capacité résiduelle de travail lorsque les places de travail disponibles correspondent à l'offre de la main d'œuvre¹²⁴. Il faut cependant éviter qu'un même état de fait soit jugé différemment, par l'assurance-invalidité et l'assurance-chômage¹²⁵.

[Rz 61] En outre, on ne saurait se fonder sur des possibilités de travail irréalistes. Ainsi, on ne peut parler d'une activité exigible au sens de l'art. 16 LPGA, lorsqu'elle ne peut être exercée que sous une forme tellement restreinte qu'elle n'existe pratiquement pas sur le marché général du travail ou que son exercice suppose de la part de l'employeur des concessions irréalistes et que, de ce fait, il semble exclu de trouver un emploi correspondant¹²⁶.

[Rz 62] Le Tribunal fédéral a admis dans un arrêt 9C_984/2008 du 4 mai 2009 que les modifications structurelles que peut connaître le marché du travail sont des circonstances dont il y a lieu de tenir compte en matière d'assurance-invalidité lorsque la nature et l'importance de la pathologie constituent des obstacles irrémédiables à la reprise d'une activité lucrative, dans la mesure où un employeur ne prendrait pas le risque d'engager une personne fortement atteinte dans sa santé. Dans ce cas, l'assuré souffrait d'un grave trouble de la personnalité, ne disposait d'aucune capacité de travail et ne pouvait exercer d'activités qu'en milieu protégé. Selon les rapports probants des médecins qui l'avaient examiné, sa capacité de travail ne pouvait être mise en valeur que dans des conditions particulièrement restreintes, soit dans un environnement confiné et protégé, en dehors de tout stress professionnel et social¹²⁷.

[Rz 63] Les perspectives de gain ouvertes aux assurés doivent être appréciées en faisant, le plus possible, abstraction des fluctuations de la conjoncture économique, et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, dans les branches entrant en considération pour l'exercice de l'activité réputée exigible¹²⁸. Toutefois, s'il arrive qu'une offre ne soit faite qu'en raison d'une situation très favorable du marché du travail, on ne saurait se fonder sur elle pour juger de l'activité que l'invalide est à même d'exercer (sous réserve d'un rapport de travail particulièrement stable). Dans ce cas, il faudrait partir des possibilités réelles dans une situation équilibrée du marché du travail¹²⁹.

[Rz 64] Enfin, comme l'a relevé le Conseil fédéral dans sa réponse du 27 février 2013 à la motion 12.4126 n POGGIA¹³⁰, « une modification du critère de marché du travail équilibré telle que souhaitée par l'auteur de la motion élargirait également le mandat de l'assurance-invalidité, dont on pourrait exiger qu'elle réintègre effectivement les assurés, ce qui n'est pas attendu aujourd'hui ».

¹²³ Cf. arrêts du Tribunal fédéral 9C_236/2008 du 4 août 2008 consid. 4.2 et 9C_446/2008 du 18 septembre 2008 consid. 4.2.

¹²⁴ Arrêt du Tribunal fédéral I 198/97 du 7 juillet 1998 consid. 3b et les références, in : VSI 1998 p. 293 ; JEAN-MICHEL DUC, Invalidité : Quelle est la limite d'âge en matière d'obligation de changer d'emploi ? PJA 2014 p. 123.

¹²⁵ Cf. par exemple JEAN-LOUIS DUC, Du recours d'un office AI contre une décision d'incapacité au placement de l'assurance-chômage et de la force contraignante d'une décision de cette dernière, in : RSAS 2010 p. 444 ss.

¹²⁶ Cf. p.ex. arrêt du Tribunal fédéral 9C_804/2014 du 16 juin 2015, consid. 7.2.

¹²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_984/2008 du 4 mai 2009 consid. 5.2 et 6.2 ; cf. ég. 9C_659/2014 du 13 mars 2015 consid. 5.3.3.

¹²⁸ RCC 1989 p. 328.

¹²⁹ Ch. 3051 s. CIIAI ; RCC 1961 p. 79.

¹³⁰ Cf. ég. résumé des délibérations, Session de printemps 2013, p. 257.

d'hui. L'assurance-invalidité a, à ce jour, uniquement pour tâche de préparer les assurés à leur réintégration sur le marché du travail, et non de leur retrouver dans tous les cas une place de travail. Si l'assurance-invalidité avait également pour mandat de retrouver une place de travail pour chaque assuré, cela reviendrait, dans le cas où l'assuré ne trouvait pas un emploi, à lui reconnaître le droit à une rente pour des motifs totalement étrangers à l'invalidité ». Cette argumentation est conforme aux réflexions posées déjà dans le Rapport de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé du 26 mars 1999¹³¹.

[Rz 65] S'agissant du **revenu à prendre en compte**, le revenu d'invalide doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de la personne assurée¹³².

[Rz 66] En règle générale, lorsqu'il exerce une activité, il faut admettre que le gain effectivement réalisé équivaut à une prestation de travail correspondante. La prise en compte du revenu effectivement réalisé est toutefois subordonnée à certaines conditions cumulatives, à savoir : des rapports de travail particulièrement stables, une activité mettant pleinement en valeur la capacité de travail résiduelle exigible et le gain obtenu correspondant au travail effectivement fourni et ne contenant pas d'éléments de salaire social¹³³.

[Rz 67] En revanche, lorsqu'un *assuré* invalide est *réadapté avec succès dans une nouvelle profession*, il ne fait alors aucun sens de se référer aux valeurs statistiques issues de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), d'autant moins que celles-ci sont établies par branche d'activité et non pas par profession¹³⁴. Le salaire de référence pour établir le revenu d'invalide doit nécessairement correspondre à celui qu'il peut réaliser au taux d'activité exigible de sa part dans l'activité dans laquelle il a été réadapté. C'est en effet dans cette profession que la personne assurée est normalement la mieux à même d'atténuer les conséquences économiques imputables à son état de santé. Dans ces conditions, il importe peu que la personne assurée n'épuise pas entièrement sa capacité résiduelle de travail¹³⁵.

[Rz 68] Le revenu d'une activité lucrative qu'on ne peut raisonnablement pas exiger de l'assuré n'est pas pris en compte comme revenu du travail. Cela peut être le cas d'une activité qui, même si elle est appropriée, dépasse manifestement ses forces. Ainsi, par exemple, lorsqu'un assuré handicapé exerce une activité lucrative à un taux d'activité supérieur à sa capacité de travail médicalement reconnue, il ne faut compter comme revenu d'invalide que le montant qu'il obtiendrait en travaillant au taux d'activité indiqué du point de vue médical¹³⁶.

[Rz 69] Un revenu complémentaire peut être pris en compte lorsqu'on peut exiger de l'assuré – aux mêmes conditions que pour l'activité principale – qu'il continue à exercer l'**activité accessoire** malgré l'atteinte à sa santé¹³⁷. D'éventuels suppléments pour travail en équipe peuvent également être pris en considération pour autant qu'ils ne soient pas purement hypothétiques¹³⁸.

¹³¹ FF 1999 IV 4168, 4193.

¹³² ATF 135 V 297 consid. 5.2 p. 301 ; 129 V 472 consid. 4.2.1 p. 475.

¹³³ ATF 135 V 297 consid. 5.2 p. 301 ; 129 V 472 consid. 4.2.1 p. 475 ; HANS-JAKOB MOSIMANN, *Tatsächlich erzieltetes Resterwerbseinkommen – Grundsätze, Bedeutung und Grenzen*, in : *Validen- und Invalideneinkommen*, 2013, p. 111.

¹³⁴ Arrêts du Tribunal fédéral I 171/04 du 1^{er} avril 2005, consid. 4.2, publié in : REAS 2005 p. 240 ; I 471/04 du 16 juin 2005, consid. 3.3 ; 9C_57/2008 du 3 novembre 2008, consid. 4.

¹³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_57/2008 du 3 novembre 2008, consid. 4.

¹³⁶ Arrêt du Tribunal fédéral I 485/05 du 3 novembre 2005, consid. 5.3 ; VALTERIO, *op. cit.*, n. 2068 p. 549.

¹³⁷ Arrêts du Tribunal fédéral I 511/04 du 26 août 2005, consid. 1.2 ; I 576/02 du 16 mai 2003, consid. 2.

¹³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral I 751/06 du 8 juin 2007 consid 3.3.3.

[Rz 70] En l'absence d'un revenu effectivement réalisé – soit lorsque la personne assurée, après la survenance de l'atteinte à la santé, n'a pas repris d'activité lucrative ou alors aucune activité normalement exigible –, le revenu d'invalide peut être évalué sur la base de salaires fondés sur les données statistiques résultant de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) ou sur les données salariales résultant des descriptions de postes de travail établies par la Caisse nationale suisse d'assurances en cas d'accidents (CNA)¹³⁹.

[Rz 71] S'agissant de la détermination du revenu d'invalide selon les salaires statistiques, telles qu'elles résultent des **enquêtes sur la structure des salaires (ESS)** de l'Office fédéral de la statistique, on se réfère à la statistique des salaires bruts standardisés, en se fondant toujours sur la médiane ou valeur centrale¹⁴⁰.

[Rz 72] Le revenu auquel peuvent prétendre les assurés effectuant des activités simples et répétitives¹⁴¹ s'applique en principe à tous les assurés qui ne peuvent plus accomplir leur ancienne activité parce qu'elle est physiquement trop astreignante pour leur état de santé, mais qui conservent néanmoins une capacité de travail importante dans des travaux légers¹⁴². Pour ces assurés, ce salaire statistique est suffisamment représentatif de ce qu'ils seraient en mesure de réaliser en tant qu'invalides dès lors qu'il recouvre un large éventail d'activités variées et non qualifiées, n'impliquant pas de formation particulière et compatibles avec des limitations fonctionnelles peu contraignantes¹⁴³. Il n'est donc pas nécessaire de faire allusion à des exemples concrets¹⁴⁴.

[Rz 73] Dans un arrêt rendu récemment, le Tribunal fédéral confirme que l'ESS 2012 est reconnue comme moyen de preuve pour déterminer les revenus à comparer conformément à l'art. 16 LPGA. Ses tableaux sont donc utilisés d'office dans tous les cas de première évaluation de l'invalidité, pour les premières demandes, ainsi que dans les procédures de révision¹⁴⁵.

[Rz 74] L'évaluation sur la base des données statistiques sert uniquement à fixer le montant du gain que l'assuré pourrait obtenir sur un marché équilibré du travail, en mettant pleinement à profit sa capacité résiduelle de travail dans un emploi adapté à son état de santé¹⁴⁶.

[Rz 75] Pour des raisons liées au respect du principe constitutionnel de l'égalité de traitement, il n'y a pas lieu de tenir compte de données salariales régionales¹⁴⁷.

[Rz 76] Par ailleurs, il convient de relever que les rétributions fixées par les conventions collectives de travail (CCT) sont sensiblement inférieures aux salaires moyens usuels dans une branche, de sorte que seuls ces derniers sont représentatifs pour établir le revenu déterminant¹⁴⁸. Il n'est

¹³⁹ ATF 135 V 297 consid. 5.2. p. 301 ; 129 V 472 consid. 4.2.1 p. 475.

¹⁴⁰ ATF 124 V 323 consid. 3b/bb ; VSI 1999 p. 182 consid. 3b p. 184 s. [I 593/98].

¹⁴¹ Niveau de qualification 4 jusqu'à l'ESS 2010 et niveau de compétences 1 dès l'ESS 2012.

¹⁴² Arrêt du Tribunal fédéral 9C_692/2015 du 23 février 2016 consid. 3.1.

¹⁴³ Arrêts du Tribunal fédéral 9C_329/2015 du 20 novembre 2015, consid. 7.3 ; 9C_11/2011 du 31 mars 2011, consid. 3 ; 9C_963/2008 du 27 mai 2009, consid. 3.5 ; cf. ég. I 171/04 du 1^{er} avril 2005, publié in : REAS 2005 p. 240.

¹⁴⁴ Cf. ATF 129 V 472 consid. 4.2.1 p. 475 ss ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_869/2007 du 14 août 2008, consid. 3.2.

¹⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_632/2015 du 4 avril 2016, consid. 2.5.7, destiné à la publication.

¹⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 9C_496/2013 du 4 décembre 2013, consid. 5.3.

¹⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_744/2011 du 25 avril 2012 consid. 5.2 et les références, in SVR 2012 UV n° 26 p. 93 ; voir également arrêts du Tribunal fédéral U 75/03 du 12 octobre 2006 consid. 8, in SVR 2007 UV n° 17 p. 56, et I 424/05 du 22 août 2006, relatif aux données issues des « Salaires d'usage par branche dans 7 régions suisses » de l'Union syndicale suisse.

¹⁴⁸ Arrêt du Tribunal fédéral U 63/06 du 7 mars 2007, consid. 3.3.1, et références citées.

également pas possible de se baser sur les recommandations indicatives de la Société suisse des employés de commerce (sec suisse) pour fixer le revenu d'invalide¹⁴⁹.

[Rz 77] Le Tribunal fédéral a toutefois accepté l'utilisation des statistiques spécifiques à la branche de l'informatique et des télécommunications établies par l'association swissICT et le GRI pour fixer le revenu d'invalide comme informaticien de gestion dans le cas d'un assuré ayant bénéficié de mesures d'ordre professionnelle, achevée par l'obtention d'un Bachelor of Science. Notre Haute Cour a précisé que, compte tenu du reclassement, l'emploi des statistiques issues de l'ESS ne semblait pas approprié dans le cas d'espèce pour appréhender au mieux la situation professionnelle concrète. Eu égard à la manière dont les données swissICT et GRI sont organisées¹⁵⁰, elles apparaissaient bien plus représentatives de la réalité salariale en Suisse dans le secteur de l'informatique, de sorte que l'on peut s'y référer pour apprécier le revenu d'invalide de l'assuré¹⁵¹.

[Rz 78] Lorsque l'on établit le revenu d'invalide par le biais de la méthode statistique (ESS), on prend en considération un revenu brut correspondant à une valeur centrale (médiane)¹⁵². En principe, la valeur médiane est inférieure à la valeur arithmétique (« salaire moyen ») et permet de corriger les valeurs extrêmes (revenus très bas ou très hauts)¹⁵³. Il n'y a en revanche pas lieu de s'écarter de la valeur centrale (médiane) tirée du tableau considéré et de se fonder sur « une moyenne arithmétique » en additionnant, par exemple, différents salaires médians avant de les diviser par le nombre de valeurs médianes cumulées pour tenter d'obtenir un salaire dit « moyen », parce que celui-ci n'a pas de portée statistique fiable¹⁵⁴.

[Rz 79] Les salaires bruts standardisés selon l'ESS sont calculés sur la base d'un horaire hebdomadaire de 40 heures, si bien qu'ils doivent être adaptés à l'horaire hebdomadaire moyen de l'année considérée, qui est en principe légèrement supérieure¹⁵⁵.

[Rz 80] Divers éléments peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative. Il s'agit de circonstances personnelles et professionnelles, exhaustivement énumérées par la jurisprudence (les limitations fonctionnelles liées au handicap, l'âge, les années de service, la nationalité/catégorie d'autorisation de séjour¹⁵⁶ et le taux d'occupation), dont il y a lieu de tenir compte au moment de la détermination du revenu hypothétique d'invalide au moyen de salaires statistiques par une déduction globale maximale de 25%¹⁵⁷. L'étendue de l'abattement (justifié dans un cas concret) constitue une question typique relevant du pouvoir d'appréciation¹⁵⁸. Cet abattement sur le sa-

149 Arrêt du Tribunal fédéral 8C_544/2009 du 19 octobre 2009, consid. 4.1.

150 42 activités différentes réparties selon les niveaux Junior, Professionnel et Senior.

151 Arrêt du Tribunal fédéral 9C_843/2015 du 7 avril 2016, consid. 5.3.

152 ATF 126 V 75 consid. 3b/bb.

153 ATF 124 V 321 consid. 3b/aa.

154 Arrêt du Tribunal fédéral 8C_192/2013 du 16 août 2013, consid. 7.2.2; DIDIER FROIDEVAUX, La mesure du revenu d'invalidité : une construction subjective basée sur des statistiques [ESS]? in : Validen- und Invalideneinkommen, 2013, p. 79; FRÉSARD/ MOSER-SZELESS, *op. cit.*, n. 236 p. 979.

155 ATF 126 V 75 consid. 3b/bb; FRÉSARD/ MOSER-SZELESS, *op. cit.*, n. 236 p. 979; pour la durée hebdomadaire moyenne, cf. La Vie économique, tableau B 9.2, ou la statistique de la durée normale du travail dans les entreprises [DNT] établi par l'Office fédéral de la statistique.

156 Le Tribunal fédéral a considéré que le critère de la nationalité de l'assuré n'a plus de rôle prépondérant – ne justifiant ainsi pas d'abattement sur le salaire statistique – dans le cas d'un assuré disposant d'une autorisation d'établissement en Suisse (permis C), où il travaille depuis 1986 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_855/2014 du 7 août 2015, consid. 3).

157 Cf. ATF 126 V 75 consid. 5b/aa-cc p. 79 s.

158 ATF 137 V 71 consid. 5.1 p. 72 s.; 132 V 393 consid. 3.3 p. 399; arrêts du Tribunal fédéral 9C_855/2014 du 7 août 2015, consid. 4.3; 8C_80/2013 du 17 janvier 2014, consid. 3.2.

laire statistique concerne aussi bien les assurés qui exercent à plein temps une activité adaptée à leur handicap que ceux qui sont engagés à temps partiel¹⁵⁹.

[Rz 81] Les descriptions de postes de travail (DPT) tirées d'une enquête effectuée par la CNA auprès de diverses entreprises en Suisse, peuvent servir pour évaluer le revenu d'invalide si certaines conditions sont remplies : au moins cinq DPT doivent avoir été éditées et l'on doit pouvoir disposer de toutes les indications nécessaires sur le nombre total de places de travail documentées entrant en considération pour le handicap donné, sur le salaire maximum et minimum ainsi que sur le salaire moyen du groupe correspondant¹⁶⁰.

[Rz 82] Il n'est pas justifié de procéder à une déduction globale du revenu ainsi obtenu, à l'instar de la pratique développée lors de l'utilisation des données statistiques de l'OFS. En effet, pour être pertinentes, les descriptions de postes de travail produites par la CNA doivent concerner des emplois raisonnablement exigibles de l'assuré, eu égard notamment à son handicap, ce qui permet de prendre suffisamment en considération les empêchements qui lui sont propres, d'autant que les descriptions en cause indiquent généralement un salaire minimum et un salaire maximum pour chaque poste envisagé¹⁶¹.

[Rz 83] Entre l'ESS et les DPT, la jurisprudence a renoncé à donner la préférence à l'une des deux méthodes d'évaluation¹⁶².

[Rz 84] En s'écartant des descriptions des postes de travail sur lesquelles s'était fondée l'assureur-accidents pour calculer le revenu d'invalide et en se référant aux statistiques salariales issues de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), une juridiction cantonale ne viole pas le droit fédéral¹⁶³.

III) Calcul du taux d'invalidité

[Rz 85] La différence entre le revenu sans invalidité (ou revenu hypothétique) et le revenu d'invalide correspond à une perte de gain qui, exprimée en pourcentage, indique le taux d'invalidité. La formule de base se présente ainsi¹⁶⁴ :

$$\text{Degré d'invalidité : } \frac{(\text{Revenu sans invalidité} - \text{Revenu d'invalide}) \times 100}{\text{Revenu sans invalidité}}$$

Exemple :

Revenu sans invalidité :	CHF 5'200.00 x 13 = CHF 67'600.00
Revenu d'invalide, après réadaptation :	CHF 3'000.00 x 13 = CHF 39'000.00
Degré d'invalidité :	$[(67'600 - 39'000) / 67'600] \times 100 = 42.30\%$

[Rz 86] Concernant la **règle d'arrondissement**, le Tribunal fédéral a exposé que le taux d'invalidité obtenu au terme d'une comparaison des revenus est une valeur exacte qu'il y a lieu d'arrondir

¹⁵⁹ RCC 1989 p. 483 consid. 3b ; VSI 1999 p. 182 consid. 3b p. 185 [I 593/98].

¹⁶⁰ ATF 129 V 472 consid. 4.2.2 ; FRÉSARD/ MOSER-SZELESS, *op. cit.*, n. 238 p. 979.

¹⁶¹ ATF 129 V 472, consid. 4.2, en particulier consid. 4.2.3 ; FRÉSARD/ MOSER-SZELESS, *op. cit.*, n. 239 p. 979 s.

¹⁶² FRÉSARD/ MOSER-SZELESS, *op. cit.*, n. 240 p. 980.

¹⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_800/2015 du 7 juillet 2016.

¹⁶⁴ UELI KIESER, Die Parallelisierung der Vergleichseinkommen bei der Bestimmung des Invaliditätsgrades, in : Validen- und Invalideneinkommen, 2013, p. 50.

au plus proche pourcentage entier¹⁶⁵. Le résultat exact du calcul doit être arrondi au chiffre en pour cent supérieur ou inférieur selon les règles applicables en mathématiques. Ainsi, un résultat de x,49...% doit être arrondi vers le bas, soit à x% et un résultat de x,50...% sera arrondi vers le haut à x+1%.

[Rz 87] Voici un exemple tendant à illustrer la notion d'invalidité, au sens des assurances sociales, en confrontant l'aspect économique (incapacité de gain) à l'aspect médical (atteinte à la santé).

[Rz 88] Un assuré de 25 ans, vendeur à 100%, spécialisé dans l'électronique, perçoit un revenu mensuel de CHF 4'500.00, servi 13 fois, soit un revenu annuel de CHF 58'500.00. A la suite d'un accident de la circulation, il subit une atteinte à la moelle épinière. Après une longue convalescence, des mesures de réadaptation professionnelle mettant à profit ses compétences intellectuelles et son attrait pour l'informatique, il termine une formation et est engagé dans une banque en qualité d'informaticien. Son emploi d'informaticien peut se faire à distance (télétravail), lui permettant d'œuvrer à 100%, toutefois avec une perte de rendement de 20%. Dans cette nouvelle activité professionnelle, exercée à 100% (avec une perte de rendement de 20%), il perçoit un revenu de CHF 4'800.00, servi 13 fois, soit un revenu annuel de CHF 62'400.00. Dans le cas d'espèce, cet assuré est donc atteint dans sa santé mais n'est pas invalide au sens des art. 7 et 8 LPGA, en l'absence de diminution de sa capacité de gain. L'assurance-invalidité ne versera aucune rente (taux d'invalidité inférieur à 40% ; art. 28 LAI), tout comme l'assurance-accidents (taux d'invalidité inférieur à 10% ; art. 18 LAA).

[Rz 89] Une personne assurée capable de travailler à 100% peut être invalide, voire percevoir une rente entière d'invalidité. Par exemple, une personne assurée ayant un revenu sans invalidité de CHF 200'000.00 et, après réadaptation dans une activité adaptée avec une capacité de travail de 100%, perçoit un revenu d'invalide de CHF 60'000.00, soit un degré d'invalidité de 70%, sera au bénéfice d'une rente entière d'invalidité¹⁶⁶.

[Rz 90] A l'inverse, une personne avec un revenu sans invalidité modeste et une capacité de travail exigible de 100% – voire même partielle – dans une activité adaptée a potentiellement le risque de ne pas atteindre la limite minimale de 40% d'invalidité pour avoir droit à une rente de l'assurance-invalidité¹⁶⁷. En prenant l'exemple d'une femme avec un revenu sans invalidité de CHF 52'000.00 (CHF 4'000.00 x 13) et d'une capacité de travail exigible de 80% dans toutes activités adaptées, avec un revenu d'invalide de CHF 37'037.60¹⁶⁸, son degré d'invalidité sera de 28.77%, arrondi à 29%.

[Rz 91] Dans ces deux derniers exemples, les personnes sont atteintes dans leur santé, ont dû trouver un emploi adapté à leurs limitations fonctionnelles, mais une seule des deux sera considérée comme invalide, selon les critères de l'assurance-invalidité.

¹⁶⁵ ATF 130 V 121.

¹⁶⁶ Art. 28 al. 2 LAI.

¹⁶⁷ Art. 28 al. 2 LAI.

¹⁶⁸ Pour l'année 2012, p.ex. : ESS 2012, tableau TA1_skill_level, femme, niveau de compétences 1, 41.7h par semaine selon DNT 2012, capacité de travail de 80%, abattement de 10%.

b) Particularité de l'assurance-accidents

[Rz 92] En cas d'accident entraînant des atteintes à la santé d'une certaine importance et de nature durable, l'assurance-invalidité sera souvent appelée à intervenir en parallèle avec l'assureur-accidents. En règle générale, l'office AI procédera à l'évaluation de l'invalidité pour fixer le droit à une rente avant l'assureur-accidents, les conditions du droit à une rente de l'assurance-invalidité étant en principe remplies avant celles permettant le passage du droit à l'indemnité journalière de la LAA à une rente. Ce décalage dans le temps peut conduire l'assureur-accidents, pour différentes raisons, à s'écarter du taux d'invalidité fixé par l'assurance-invalidité, sans que cela entre en contradiction avec le principe de l'uniformité de la notion d'invalidité dans l'assurance sociale¹⁶⁹.

[Rz 93] L'uniformité de la notion d'invalidité devrait conduire, en assurance-invalidité comme en assurance-accidents, à fixer *pour une même atteinte à la santé* dont les deux assureurs sociaux ont à répondre un même taux d'invalidité. Les organes de l'assurance-invalidité et ceux de l'assurance-accidents sont tenus de procéder dans chaque cas et de manière indépendante à l'évaluation de l'invalidité, les uns ou les autres ne pouvant se contenter de reprendre simplement et sans avoir effectué leur propre examen le degré d'invalidité fixé par l'autre assureur¹⁷⁰. Comme l'a rappelé récemment le Tribunal fédéral¹⁷¹, l'ancien Tribunal fédéral des assurances a précisé sa jurisprudence relative au principe de l'uniformité de la notion d'invalidité dans l'assurance sociale en ce sens que l'évaluation de l'invalidité par les organes de l'assurance-invalidité n'a pas de force contraignante pour l'assureur-accidents¹⁷².

[Rz 94] Par ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler qu'un domaine des assurances sociales peut être régi soit par le principe de la causalité, soit par celui de la finalité¹⁷³. L'assurance-invalidité est une assurance générale contre toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique quelle que soit sa cause. Elle est donc régie par le **principe de la finalité**. Dans l'assurance-invalidité, en effet, les prestations sont accordées indépendamment de la cause de l'invalidité (en principe). Dans le **principe de causalité**, l'obligation de prestation est en revanche liée à une cause bien précise. L'assurance-accidents est l'exemple type d'une approche privilégiant la causalité; elle ne preste qu'en présence d'une atteinte à la santé en lien de causalité naturelle et adéquate avec l'accident en question. Si ce lien de causalité n'est pas prouvé à satisfaction de droit (critère de la vraisemblance prépondérante), l'assurance-accidents n'est pas tenue à prestations. Cela explique que le degré d'invalidité auquel aboutissent les assurances accidents et invalidité est parfois divergent, l'assurance-invalidité pouvant tenir compte tant d'atteintes à la santé d'origine accidentelle que malade, contrairement à l'assurance-accidents (qui ne prend en compte que les lésions en lien de causalité naturelle et adéquate avec l'accident).

[Rz 95] A noter toutefois que le chiffre marginal 9022 CIIAI précise que, « lorsqu'il n'est pas exclu que l'assurance-accidents ou l'assurance militaire soient tenues à prestations, un échange

¹⁶⁹ FRÉSARD/ MOSER-SZELESS, *op. cit.*, n. 252 p. 983.

¹⁷⁰ ATF 126 V 288 consid. 3d p. 293.

¹⁷¹ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_445/2015 du 9 mai 2016, consid. 3.

¹⁷² ATF 131 V 362 consid. 2.3 p. 368; la réciprocité de cette règle à l'égard de l'assurance-invalidité a également été admise: ATF 133 V 549.

¹⁷³ KAHIL-WOLFF, *op. cit.*, n. 76, p. 109 s.

de données a lieu entre les assureurs. Pour les cas d'invalidité due exclusivement à un accident, l'office AI se concerta préalablement avec l'assurance-accidents¹⁷⁴ ».

4) Conclusion

[Rz 96] La notion d'invalidité est une notion médicale (atteinte à santé et limitations fonctionnelles), économique (incapacité de gain) et juridique (causalité, obligation pour l'assuré de diminuer le dommage, notion du marché équilibré du travail).

[Rz 97] L'incapacité de gain n'est pas à confondre avec l'incapacité de travail.

[Rz 98] En assurance-accidents en particulier, le gain assuré (pour le calcul du montant de la rente) n'a pas les mêmes définition et notion que le revenu sans invalidité (pour la comparaison des revenus). Il s'agit malheureusement d'une erreur qui peut être vue dans les décisions des assureurs, des oppositions et recours des assurés. Une telle erreur peut amener à la reconsidération de la décision ou décision sur opposition passée en force¹⁷⁵.

DAVID IONTA, Titulaire du brevet fédéral en assurances privées et du brevet fédéral en assurances sociales, DAVID IONTA travaille depuis 24 ans dans le monde des assurances privées et sociales. Il est également créateur et administrateur du site internet « <https://assurances-sociales.info> ». L'auteur remercie ici Mme Gaëlle Barman Ionta, titulaire du brevet d'avocat, pour sa relecture ainsi que pour ses remarques éclairées.

Le présent article engage son auteur à titre personnel et ne reflète pas la position des institutions pour lesquelles il œuvre.

¹⁷⁴ Voir la convention sur la collaboration interinstitutionnelle [CIIplus] en vigueur depuis le 1er janvier 2008.

¹⁷⁵ Reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGa.